Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

die meiſten Beſtandtheile von demſelben und zwar auf immer getrennt werden, wie bei der Beſtellung eines emphyteutiſchen Rechts, eines Lehens, eines ſuperficiariſchen Rechts, in welchen Fällen eben deßhalb von Vielen von einer völligen Theilung des Eigenthums und von der Entſtehung zweier verſchiedenen Arten des Eigenthums geſprochen wird, welche Theilung des Eigenthums dann aber weſentlich verſchieden von der unter Nr. I. angeführten eigentlichen Theilung iſt.

VIII.

Beiträge zur Lehre von dem Gewohnheitsrecht. Ueber fr. 32. de legibus (I. 3.) und c. 2. C. quae sit longa consuetudo. (VIII. 53.) Noch ein Verſuch zur Vereinigung beider Geſetze.

Von
Herrn **F. W. Buſch**, Präſidenten des Landesjuſtizcollegiums in Arnſtadt.

Recht lebhaft fühle ich, daß ich ein Wageſtück unternommen habe; denn dieſen Namen verdient gewiß ein abermaliger Verſuch hinſichtlich der Löſung einer Frage, mit deren Beantwortung ſich ſchon ſo viele Meiſter beſchäftiget haben. Aber gelingt mir auch nur wahrſcheinlicher zu machen, daß von den vielen bis jetzt aufgeſtellten Meinungen noch keiner entſchieden der Preis gebühre; ſo darf, glaube ich, meine Arbeit keine fruchtloſe genannt werden. Es liegt indeſſen nicht in

Hieraus erklärt ſich D. XLVI, 4. de accept. l. 13. §. 2. Anders iſt es z. B. bei einem Nießbrauche, wenn er in usus und in fructus siue usu getheilt wird; l. 13. § 3. cod.

meinem Plane, alle verſchiedenen Anſichten zu prüfen, welche über den Sinn der angeführten Geſetze aufgeſtellt worden ſind; denn viele davon haben nie Anklang gefunden, und andere ſind für widerlegt zu halten: vielmehr unterwerfe ich nur diejenigen einer nähern Betrachtung, welche entweder erſt neuerer Zeit aufgeſtellt worden ſind, oder doch noch jetzt gewichtige Stimmen für ſich haben.

Zuerſt gedenke ich der Meinung, daß ſich die Stelle des Coder blos auf abſolut gebietende und verbietende Geſetze beziehe, dagegen aber auf ſogenannte Dispoſitivgeſetze keine Ausdehnung leide. Zu den Vertheidigern dieſer Anſicht gehören Hofacker, Schömann, Mühlenbruch, Zimmern, Seuffert, Fritz u. a. m. Gegen die Richtigkeit derſelben erheben ſich jedoch die wichtigſten Bedenken. Vor Allem dürfte in Betracht zu ziehen ſeyn, daß ſich jedes Geſetz auf ein Ge- oder Verbot zurückführen laſſe; denn auch in den ſogenannten Dispoſitivgeſetzen, d. h. ſolchen, die den Privaten geſtatten, für einzelne Fälle ein Anderes feſtzuſetzen, iſt jedenfalls das Gebot enthalten, daß etwas Recht ſeyn ſolle, wenn die Betheiligten von jener Dispoſitionsbefugniß keinen Gebrauch machen. Selbſt ſchon das **permittere** begründet, wie man nach l. 7. D. I. 3. annehmen muß, ein Geſetz; denn es heißt ja darin: **Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere.**

Dazu kömmt aber noch, daß man über den Begriff einer **lex dispositiva** keineswegs völlig einverſtanden iſt, und daß die gedachte Eintheilung erſt den Neuern ihre Entſtehung verdankt. Aber ſelbſt zugegeben, daß ſie in dem Geiſte der römiſchen Geſetzgebung gegründet, und von Einfluß auf einzelne Beſtimmungen derſelben ſey, ſo wäre dieſes ja ein Grund mehr, die Coderſtelle ganz allgemein zu nehmen und bei dem klaren Wortverſtande derſelben um ſo mehr ſtehen zu bleiben, da der Geſetzgeber jenes Unterſchiedes, der ihm nach Obigem dann doch nahe gelegen haben würde, mit keiner Sylbe Erwähnung gethan hat. Da der Sinn der Coderſtelle

in diesem Bezuge klar ist, und die Absicht des Gesetzgebers das Wort „legem“ in einer beschränkteren, als der gewöhnlichen Bedeutung zu nehmen, höchst zweifelhaft erscheint, so darf von dem Wortverstande um so weniger abgewichen werden, als man nach Obigem zu dem Schlusse berechtiget ist, es werde der Gesetzgeber, wenn dieses sein Wille gewesen wäre, ausdrücklich erklärt haben, daß nur Dispositivgesetze von einer Gewohnheit aufgehoben werden könnten. Ebenso redet auch der §. **11. Inst. I. 2**, die *l.* **32. D. de leg.** und **Nov. 89. cap. 15.** ganz im Allgemeinen von Gesetzen, ohne einer Gattung derselben zu gedenken, und die deutlichsten Aussprüche der Quellen legen dem Gewohnheitsrechte gleiche **auctoritas**, wie dem geschriebenen bei, folglich auch die Kraft, Gesetze aufzuheben, und zwar, ohne zwischen den genannten Arten derselben zu unterscheiden.

Fritz bemerkt zwar: Wenn man nun aber aus der Coderstelle ersieht, daß **desuetudo** bei absolut ge- und verbietenden Gesetzen nicht vorkommen könne, so bleiben als Fälle, wo sie vorkommen kann, nur die subsidiären Gesetze übrig; allein der erste Satz seiner Behauptung, und zwar gerade die Prämisse enthält ein **petitio principii**, indem die **const. 2. C.** ganz allgemein von Gesetzen, und keineswegs von **legib. dispositivis** redet; ihr Sinn ist in dieser Hinsicht klar, dagegen bedarf es einer künstlichen Argumentation, oder vielmehr einer kühnen Vermuthung, wenn man das Gegentheil annehmen will. **Lege vere non distinguente nec nostrum est distinguere.**

Wenn ferner Seuffert die Richtigkeit der von mir bestrittenen Ansicht dadurch zu begründen sucht, daß er für sie anführt, das Dispositivgesetz wolle überhaupt nur in Ermangelung einer andern rechtlichen Bestimmung gelten und das betreffende Verhältniß nicht absolut normiren, sondern nur nicht ohne alle rechtliche Norm lassen, so hat das Dispositivgesetz doch das mit andern Gesetzen gemein, daß es den Willen des Gesetzgebers mit gleicher **auctoritas** ausspricht,

und daß es eine abweichende Rechtsnorm keineswegs neben sich duldet, sondern nur zuläßt, daß durch Dispo-sition der Privaten für den betreffenden Fall etwas Anderes festgesetzt werde. Dadurch aber, daß die Staats-bürger von dieser Befugniß, die sie erst durch den Willen des Gesetzgebers haben, Gebrauch machen, schaffen sie keineswegs ein neues Recht, und das Gesetz hört dadurch nicht auf, Gesetz zu seyn, sondern gilt vielmehr als solches in allen den Fällen, wo von den Betheiligten eine andere Bestimmung nicht getroffen worden ist. Darum bleibt aber ein solches Gesetz, wie schon erwähnt worden, seinem letzten Grunde nach, immer ein gebietendes; denn es befiehlt, was Rechtens seyn soll, wenn ein Anderes zulässigerweise nicht bestimmt worden ist. Ganz verschieden hiervon (nämlich von der Dis-position der Privatpersonen in einzelnen Fällen), äußert sich das Gewohnheitsrecht in dieser Beziehung; denn es führt immer einen neuen Rechtssatz ein, und muß darum mit dem Dispositivgesetze in Widerspruch treten. Es ist hier nicht blos von einem gegenseitigen Ergänzen, sondern es muß noth-wendigerweise von einem Aufheben die Rede seyn. Demnach herrscht auch das Dispositivgesetz unumschränkt da, wo nicht durch Privatdisposition etwas Anderes festgesetzt ist, und die-ser seiner Herrschaft widerstrebt die Gewohnheit, die eine andere gesetzliche Norm einführen will. Es ist hier dieselbe Collision, dasselbe Gegeneinanderstreiten in den Principien vorhanden, wie bei einer Gewohnheit gegen ein absolut ge-oder verbietendes Gesetz.

Endlich läßt Seuffert im Archive f. civil. Praxis Bd. 11. S. 360. not. a. nebst andern noch eine Ausnahme von der Regel zu, durch welche indessen die letztere ganz auf-gehoben zu werden scheint, indem er sagt:

„Wenn indessen Prohibitivgesetze lange Zeit hindurch in einer Reihe von Fällen durch öffentliche Handlungen der-maßen bei Seite gesetzt wurden, daß diese Außerachtlassung der gesetzgebenden Staatsgewalt nicht verborgen geblieben seyn

kann, und gleichwohl dieſe für Aufrechthaltung des Geſetzes nichts gethan hat, ſo kann angenommen werden, daß die an ſich geſetzwidrige und daher nicht rechtsgültige Gewohnheit die Genehmigung der Staatsgewalt erhalten habe, ſonach wirkſam, und dem zufolge das lange vernachläſſigte Geſetz abgeſchafft oder verändert ſey."

Verſteht man unter öffentlichen Handlungen ſolche, die den im Geheimen vorgenommenen entgegengeſetzt ſind, ſo iſt die Oeffentlichkeit ein Erforderniß, welches bei der Erkenntniß eines jeden Gewohnheitsrechts vorhanden ſeyn muß, und nie fehlen darf. Verlangt man aber zur Oeffentlichkeit mehr, ſo iſt kein Grund da, dieſes Mehr blos bei Gewohnheiten, die gegen Prohibitivgeſetze laufen, und nicht auch bei jeder andern Gewohnheit als Bedingung ihrer Gültigkeit vorauszuſetzen. Unterläßt man das Letztere, ſo verfällt man in reine Willkühr. Muß man ferner Puchta darin beipflichten, daß die Quelle des Gewohnheitsrechts in der gemeinſamen Ueberzeugung von der darunter begriffenen Rechtsnorm zu ſuchen iſt, ſo wird der Schluß zu rechtfertigen ſeyn, daß man da, wo man auf jene gemeinſame Ueberzeugung ſchließen kann, auch die scientia omnium und folglich die des Geſetzgebers zuerſt ſupponiren darf, daß ſonach aber bei jeder Gewohnheit angenommen werden kann, ſie habe des erſtern Genehmigung ſtillſchweigend erhalten, und hebe demnach jedes Geſetz ohne Unterſchied auf; obſchon, wie nicht unbemerkt bleiben darf, die Sorge für Befolgung der Geſetze nicht gerade der geſetzgebenden Gewalt obliegen, und aus dem Schweigen derſelben bei Nichtbeobachtung der erſtern eine Billigung ihrer Aufhebung nicht zu folgern ſeyn möchte.

Auf zwei verſchiedenen Wegen ſucht Geſterding die beiden Geſetze mit einander in Einklang zu bringen.

Er ſagt nämlich in der Ausbeute von Nachforſchungen Thl. V. Abth. II. S. 151.:

„Halten wir uns doch blos an die Worte des Kaiſers und nehmen wir uns davor in Acht, ſie mit der Aufhebung

von Geſetzen in Verbindung zu bringen. Der Kaiſer ſagt: eine Gewohnheit überwindet das Geſetz nicht. Dieß Ueberwinden ſetzt einen Kampf voraus. Alſo mit andern Worten ſagt der Kaiſer: Wenn Geſetz und Gewohnheit gegen einander in Kampf treten, dann trägt das Geſetz über die Gewohnheit den Sieg davon. Nicht als könnte die Gewohnheit ein Geſetz nicht aufheben, das kann ſie allerdings, wenn ſie darauf gerichtet, oder Entwöhnung iſt, ebenſo wie auch das Geſetz die Gewohnheit aufheben kann. Allein es läßt ſich denken, daß Geſetz und Gewohnheit mit einander in Colliſion kommen, wo nicht die Rede iſt, daß eins das andere aufheben, ſondern, welches von beiden in der Anwendung auf den vorliegenden Fall das andere ausſchließen ſoll. In einem ſolchen Fall hat das Geſetz den Vorzug vor der Gewohnheit.

Der Colliſionsfall kann namentlich vorkommen, wenn Geſetz und Gewohnheit vorhanden ſind, die den vorliegenden Fall nicht geradezu entſcheiden, und wo dann die Frage entſteht, ob er nach der Analogie des Geſetzes oder der Gewohnheit zu entſcheiden ſey."

Auf eine andere Weiſe äußert ſich Geſterding a.a.O. S. 164.:

„Allein, wiewohl man beides unterſcheiden kann, die negative Gewohnheit, die das Geſetz blos nicht befolgt, und die poſitive, die einen Satz einführt, ſo iſt es doch nur die erſtere, die ein Geſetz aufheben kann. Die einführende könnte dieſe Wirkung immer nur in ſo fern hervorbringen, als damit eine Nichtbefolgung des Geſetzes verbunden wäre; dieſe würde es dann ſeyn, die dem Geſetze verderblich wäre. So lange das Geſetz befolgt wird, erhält es ſich; und die einführende oder poſitive Gewohnheit, die mit dem Geſetz in Widerſpruch ſtände, würde bei der überwiegenden Kraft des Geſetzes dagegen gar nicht aufkommen können. Sie würde das Geſetz nicht überwinden, ſondern von ihm überwunden werden. Denn wiewohl die Gewohnheit kein geringes Anſehen hat, erſtreckt es ſich doch damit nicht ſoweit, daß ſie das Geſetz überwinden ſollte.

So hat uns — schließt Gesterding — der Gang der Untersuchung schon wieder auf die rechte Bedeutung jener Stelle des Codex, die den Auslegern so viel Mühe gemacht hat, von selbst zurückgeführt."

Es leuchtet ein, daß der eine von diesen beiden Vereinigungsversuchen den andern ausschließt; denn wenn nach dem ersten in der const. 2 nicht die Rede davon seyn soll, ob die Gewohnheit das Gesetz aufheben könne, so kann man nicht füglich annehmen, daß Constantin darin habe andeuten wollen: nur die Nichtbefolgung, nicht die positive, einen Satz einführende Gewohnheit setze das Gesetz außer Kraft; denn hierbei würde begreiflich immer davon, daß die Gewohnheit ein Gesetz aufheben könne, die Rede seyn.

Aber auch aus andern Gründen scheint mir keiner der von Gesterding eingeschlagenen Wege der richtige zu seyn; denn die Frage: ob Gesetz oder Gewohnheit in der Anwendung auf einen vorliegenden Fall den Vorzug haben solle? läßt sich nicht im Allgemeinen entscheiden. Sind beide nämlich einerlei Inhalts, was sich nicht gut denken läßt, so kann jene Frage nicht vorkommen; sind aber die Bestimmungen derselben verschieden, so muß die Frage; ob der einzelne Fall nach dem Gesetze, oder der Gewohnheit zu beurtheilen sey, nach ganz andern Regeln beantwortet werden. Wie ließe sich denken, daß Constantin der richterlichen Reflexion bei Beantwortung einer Frage der gedachten Art eiserne, der Sicherheit des Rechts so nachtheilige Fesseln habe anlegen wollen! — **Minima circumstantia variat jus in ejus applicatione**; — daher muß der Richter bei jeder Entscheidung, besonders der **ex analogia**, in dem einzelnen Falle genau prüfen, ob bei demselben solche Merkmale vorhanden sind, welche eine Anwendung der Rechtsnorm auf denselben gestatten und concurriren hierbei mehrer Verordnungen, geschriebene oder ungeschriebene, unter welche derselben der gegebene Fall seiner Individualität nach am Meisten paßt.

Von demselben Gesichtspunkte aus stellt sich auch die An-

ſicht Jägers in der Zeitſchr. f. Civilrecht und Proceß. Bd. IX. S. 434 die ſich der von Geſterding anſchließt, als unhaltbar dar.

Eben ſo wenig ſcheint mir der zweite Vereinigungsverſuch Geſterdings zum Ziele zu führen, und unmöglich kann ich glauben, daß die feine und ſcharfſinnige Diſtinction deſſelben dem Concipienten der const. 2 vorgeſchwebt habe; denn verſtehe ich jenen recht, ſo ſoll in dem ebenerwähnten Geſetze angedeutet ſeyn: bei einer einführenden Gewohnheit ſey es immer nur die mit ihr verbundene Nichtbefolgung des Geſetzes, die dieſes aufhebe; die Befolgung einer entgegengeſetzten Norm ſey es nur in ſo fern, als in ihr nothwendig auch die eigentliche desuetudo liege. Verfolgt man indeſſen dieſe Anſicht weiter, ſo kömmt man zu einem ganz eigenthümlichen Reſultate; denn da mit jeder einführenden, gegen ein beſtehendes Geſetz gerichteten Gewohnheit die Nichtbefolgung des Letztern (desuetudo) unzertrennbar und nothwendig verbunden iſt, ſo würde hieraus folgen, daß jede einführende einem Geſetze widerſtreitende Gewohnheit der That nach das Geſetz aufhebe, und — denn das müßte man folgeweiſe ebenfalls zugeben, — auch rationem. Hält man nun aber hiermit den Wortverſtand der const. 2. cit. zuſammen, ſo muß man geſtehen, daß es höchſt gewagt iſt, ihr jenen Sinn unterzulegen.

Ich wende mich jetzt zu der Anſicht Puchta's, über das Gew. Recht. Thl. I. S. 81 u. 117, u. Thl. II. S. 213 die dahin geht, daß man Gewohnheit, als äußere Erſcheinung und Quelle der Erkenntniß des Gewohnheitsrechts, von dieſem ſelbſt genau unterſcheiden, und daß dieſes insbeſondere bei der const. 2. cit. geſchehen müſſe. Das Gewohnheitsrecht vermöge allerdings geſchriebene Geſetze aufzuheben; dagegen nehme die const. 2. das Wort consuetudo und usus in der zuerſt erwähnten Bedeutung, und ihr Inhalt gehöre gar nicht in die Lehre von der Kraft des Gewohnheitsrechtes und von ſeiner Colliſion mit dem Geſetzlichem, ſondern in die von den Erforderniſſen der Gewohnheit. Nicht ein Fall werde

darin gegeben, wo ein beſtehendes Gewohnheitsrecht dem geſetzlichen weichen müſſe, ſondern wo gar kein Gewohnheitsrecht exiſtire, weil zwar eine Gewohnheit und Uebung vorhanden ſey, aber wegen des Mangels eines Erforderniſſes ein Rechtsſatz, der ihr zu Grunde liege, und durch den allein (nicht „**sui momento**“) ſie eine Bedeutung hätte, nicht angenommen werden könne. Das Erforderniß der Gewohnheit aber, von welchem die Stelle handle, ſey das, daß der Gewohnheit nur dann jene Autorität zukomme, wenn dem Satz, den ſie enthalte, nicht ein höheres, von ihm nicht zu beſeitigendes Rechtsprincip entgegenſtehe.

So gern ich indeſſen zugebe, daß in jener Conſtitution, ratio nicht das, was man Vernunft nennt, bedeuten kann, und ſo richtig auch der von Puchta hervorgehobene Unterſchied in der Bedeutung des Worts **consuetudo** an ſich ſeyn mag, ſo wenig kann ich mich überzeugen, daß die in der gedachten Verordnung gebrauchten Worte: **consuetudo ususque longaevus** in dem Sinne genommen ſeyn ſollten, welchen ihnen Puchta unterlegt; denn wie könnte, wäre jene Anſicht richtig, von einer **auctoritas consuetudinis**, und von der Frage: ob die Letztere ein Geſetz aufzuheben vermöge, die Rede ſeyn, — wie hätte der Legislator auf den Gedanken kommen können, davor zu warnen, daß man nicht einem einzelnen Erforderniſſe von mehreren, deren geſammtes Vorhandenſeyn das Daſeyn eines Gewohnheitsrechts bedingt, das geſetzliche Anſehen des Letztern beilegen ſolle? —

Daß aber hier **auctoritas** in der Bedeutung von Geſetzeskraft genommen iſt, geht einestheils daraus hervor, daß offenbar der Fall in Frage ſteht, welches von beiden, die Gewohnheit oder eine andere Rechtsnorm ſtärker ſeyn ſolle, als das andere, theils daraus, daß jene Bedeutung dem Worte **auctoritas** vorzugsweiſe gebührt. **L. 36. D. I. 3. Immo magnae autoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse, scripto id comprehendere.**

Es leuchtet ſonach ein, daß wenn der Geſetzgeber die Ausdrücke consuetudo et usus longaevus identiſch genommen hätte mit dem Begriff „Erkenntnißmitel des Gewohnheitsrechts", von einer non vilis auctoritas gar nicht die Rede ſeyn, und überhaupt die Frage nicht hätte entſtehen können, ob eine bloſe Uebung, — ein längjähriger Gebrauch, der jedoch der innern Erforderniſſe des Gewohnheitsrechts entbehrt, — rationem aut legem vincat, da bekanntlich die Gewohnheit, als bloſe äußere Erſcheinung, — als Erkenntnißmittel des Daſeyns einer rechtlichen Norm — nie, ſondern nur die leztere ſelbſt auctoritatem haben, und ein anderes Geſetz aufheben kann.

Ich komme nun zu der Meinung von Vangerow's [1]), der ſich folgendergeſtalt ausſpricht:

„Alle Schwierigkeit hebt ſich einfach, wenn man die c. 2 von einem Falle verſteht, wo ein Geſetz von vorne herein eine künftig ſich etwa dagegen bilden wollende Gewohnheit unterſagt hat. Geht man nämlich von dem Satze aus, daß eine Gewohnheit ganz die Kraft eines Geſetzes habe, ſo könnte für einen ſolchen Fall leicht der Gedanke entſtehen, daß, wenn ſich nun, trotz des entgegenſtehenden Geſetzes eine Gewohnheit gebildet habe, dieſe doch auf Geltung Anſpruch machen könne, denn wenn in einem Geſetze ein künftiges entgegenſtehendes Geſetz verboten wird, ſo iſt eine ſolche Clauſel bekanntlich ſchlechthin unwirkſam. Ein ſolcher Zweifel war nun dem Kaiſer vorgelegt, und er ſchneidet denſelben in der l. cit. dahin ab, daß eine Gewohnheit zwar viele Kraft habe, aber doch nicht eine ſo große, daß ſie auch dann gelten könne, wenn Vernunft oder Geſetz ſie ausdrücklich verböten, eine Entſcheidung, die auch vollkommen mit dem rechtlichen Fundamente des Gewohnheitsrechts in Uebereinſtimmung iſt. — Als Reſultat ſtellt ſich demgemäß der Satz heraus: eine Gewohnheit kann allerdings auch ein Geſetz aufheben, ſei es

1) Leitfaden für Pandectenvorleſungen Bd. I. S. 30.

auf dem Wege der **desuetudo** oder der **consuetudo legi contraria**, was aber dann eine Ausnahme leidet, wenn in dem Gesetze eine Clausel enthalten ist, daß dagegen auch keine künftige Gewohnheit sich bilden dürfe."

Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht geht mir indessen zunächst das Bedenken bei, daß aller Nachweiß darüber fehlt, ob dem Kaiser ein Fall der unterstellten Art vorgelegen habe, und daß der Wortverstand eine solche Suppositiön eher ausschließt, als unterstützt; denn nach ihm ist ja ganz im Allgemeinen von einer **lex**, nicht **in specie** von einer solchen die Rede, die eine sich dagegen etwa bildende Gewohnheit im Voraus untersagt hat. Dazu kommt noch, daß die **auctoritas** des Gewohnheitsrechts dieselbe ist, wie die des **jus scriptum**, l. **32. 33. 35. 36.** (**D. I. 3.** — c. **3 C.** (**8. 53.**) ferner daß von B. selbst zugibt, daß jenes Gesetz aufzuheben vermöge, und daß man daher consequenterweise auch annehmen muß, daß die Kraft des Gewohnheitsrechts, da der Gesetzgeber ein Anderes nicht ausdrücklich bestimmt hat, dieselbe seyn solle, wie die des geschriebenen Rechts. Demnach muß man aber auch zugestehen, daß die Clausel, es solle ein Gesetz durch Gewohnheit nicht abgeändert werden können, eben so wenig auf dem Gebiete des ungeschriebenen Rechts Wirksamkeit haben könne, als auf dem des geschriebenen; denn das Princip, daß die gesetzgebende Gewalt in gedachter Beziehung nicht beschränkt werden dürfe, leidet auch auf das ungeschriebene Recht Anwendung, das nach dem Willen des Gesetzgebers Geltung hat, und einer jeden Gesetzgebung unentbehrlich ist.

Ich nehme nunmehr keinen Anstand, auch meine unmaasgebliche Ansicht darüber auszusprechen, wie die **const. 2 cit.** mit den andern hierhergehörigen Stellen des römischen Rechts am Besten zu vereinigen sei. Dieselbe geht dahin, daß der Sinn der const. 2 folgender ist:

Hat auch eine Rechtsgewohnheit noch so großes, ja

geſetzliches Anſehen, ſo geht dieſes doch nicht ſo weit, daß ſie ſelbſt dann, wenn ſie mit neuern, allgemein anerkannten Rechtsgrundſätzen, oder ſogar mit einem ſpäter erlaſſenen Geſetze in Widerſpruch gerathen ſollte, noch Kraft und Gültigkeit behaupten könnte [2]).

Freilich ſind die meiſten Rechtslehrer der Anſicht, daß ratio in der allegirten c. 2. ſo viel als Vernunft bedeute; allein das dürfte wohl ſchwerlich richtig ſeyn, denn eine consuetudo longaeva, alſo ein ſchon lange in Kraft ſich behauptendes Gewohnheitsrecht, läßt ſich, als der Vernunft widerſtreitend, nicht wohl denken; vielmehr würde daſſelbe, wäre es dieſes, gar nicht haben entſtehen, und noch weniger zu Geſetzeskraft, zu einer non vilis auctoritas, haben gelangen können. Daß unter consuetudo in jenem Geſetze nur

---

2) Man wird bemerken, daß ich die Worte: „sui valitura momento“ unberückſichtigt gelaſſen habe. Dieſes geſchah darum, weil ich auch ohne ſie zum Ziele gelangen zu können glaubte, und weil ſie von Manchem für überflüſſig gehalten werden, da ſie nicht in den Baſiliken vorkommen. Indeſſen dieſes iſt kein ſicheres Kennzeichen dafür, daß ſie wirklich überflüſſig ſeyen, und wenn man erwägt, daß in der l. 36. D. I. 3. dem Gewohnheitsrechte eben um deswillen, weil es ungeſchriebenes Recht iſt, magna auctoritas beigelegt iſt, und daß von demſelben in c. 3. G. (8. 53.) geſagt wird, „es ſolle die Stelle eines immerwährenden Geſetzes (Rechtes) vertreten“, ſo iſt es durchaus nicht unmöglich, daß ein Richter zweifelhaft darüber geworden iſt, ob eine Rechtsgewohnheit, eben weil ihr, als ſolcher, magna auctoritas beigelegt war, durch die veränderte Rechtsanſicht der Zeit aufgehoben werden könne, und dieſerhalb beim Kaiſer angefragt hat, worauf derſelbe nun reſcribirt: ihrer Qualität als Gewohnheitsrecht wegen könne ihr, ſo groß auch deſſen auctoritas ſei, nicht die Kraft zugeſchrieben werden, gegen ſpätere allgemein anerkannte Rechtsnormen ſich zu behaupten; (vielmehr entſcheide hier die Regel, daß das ältere Recht, geſchriebenes und ungeſchriebenes, durch das neuere aufgehoben werde.) vgl. Averani interpret. Lib. II. cap. 1.

der blos factiſche **longaevus**, — ein aller **auctoritas** beraubter **usus**, — zu verſtehen ſei, das läßt ſich nach dem, was ich oben bemerkt habe, ebenfalls nicht annehmen.

Wie könnte man aber bei einer vernunftwidrigen, in ſich ſelbſt, und von ihrer Entſtehung an ungültigen Gewohnheit auf den Gedanken kommen, daß ſie Gewohnheitsrecht ſei, daß ſie Geſetzeskraft habe? In der **const. 2.** muß daher von einer an ſich gültigen, und darum nicht unvernünftigen Rechtsgewohnheit die Rede ſeyn; denn ſonſt hätte ja die Frage gar nicht entſtehen können, ob ſie **rationem vincat aut legem.** Es kann ſonach Conſtantin eine der Vernunft zuwiderlaufende Gewohnheit um ſo weniger im Auge gehabt haben, da eine ſolche zwar factiſch, als Mißbrauch, beſtehen, als Rechtsſatzung aber nicht einmal gedacht werden kann. **Male adinventa, malaeque consuetudines, neque ex longo tempore, neque ex longa consuetudine confirmantur. Nov. 134 c. 1.** Unvernünftige Gewohnheiten können und ſollen nie Anerkennung finden, nie auf Gültigkeit Anſpruch machen [3]), und darum konnte und kann die Frage nicht entſtehen, ob und welche Kraft ein ſolcher Mißbrauch habe?

---

3) Es läßt ſich indeſſen noch fragen, ob dieſes richtig ſei, denn es dürfte nach dem, was ich ſo eben weiter ſagen werde, allerdings denkbar ſeyn, daß auch eine unvernünftige Gewohnheit Geſetzeskraft erlangen könne, nämlich da, wo beſondere Rückſichten der Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit ihr Vorſchub leiſteten, die ſpäter wieder weggefallen ſind. Geſterding möchte daher wohl zu weit gehen, wenn er auch die Gewohnheiten für unvernünftige hält, die auf etwas Unnützes und Beſchwerliches gerichtet ſind. Das Relative der Begriffe „vernünftig und unvernünftig“ haben Andere auch gefühlt, und laſſen darum nur ſolche Gewohnheiten nicht gelten, die geradezu vernunftwidrig ſind; z. E. Göſchen Vorleſungen I. S. 86 und 90. Allein was heißt denn geradezu vernunftwidrig, und wer ſoll darüber urtheilen, wenn Jemand eine noch gültige Rechtsgewohnheit als vernunftwidrig anſieht??

Wollte man dagegen annehmen, daß ratio nur in einem relativen Sinne zu nehmen ſei, — als das, was dem Zeitgeiſte als vernünftig erſcheine, — ſo daß ſich auch eine der Vernunft widerſtreitende Gewohnheit unter der Vorausſetzung denken laſſe, daß man ſie zu der Zeit, wo ſie entſtanden, für unvernünftig nicht gehalten habe, ſo würde die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts von einem criterium — der Vernunftmäßigkeit — abhängig gemacht werden, nach welchem wenigſtens der Richter nicht zu fragen hat; denn dieſer iſt nicht berufen, die Rationalität einer vor Gericht zur Sprache kommenden Gewohnheit zu prüfen, und den Maaßſtab individueller Beurtheilung hierbei anzulegen, wie namentlich Puchta überzeugend bewieſen hat.

Wir können ganz davon abſehen, daß die Gerichtshöfe nicht an die Vorſchriften des Vernunftrechts, ſondern an die des poſitiven Rechts gebunden ſind, wir brauchen uns ferner nicht darauf zu berufen, wie ſchwierig es ſei, zu beſtimmen, ob einer Satzung das Prädicat „vernünftig" gebühre oder nicht, und wie verſchieden die Meinungen gar oft hierbei ſich geſtalten würden; das aber iſt ſtets feſtzuhalten, daß es nicht Sache des Richters iſt, über die Rationabilität oder Zweckmäßigkeit eines Geſetzes zur urtheilen; denn oft kann ein ſolches in Fällen, wo beſondere Rückſichten gebieten, das ſeyn, was man mit dem Worte: „unvernünftig" bezeichnet, ja es kann ſogar mit der Zeit die ratio eines ſolchen Geſetzes wegfallen, und gleichwohl muß es der Richter anwenden. l. 20. 21. D. de legib. Was aber vom geſchriebenen Rechte gilt, das gilt auch vom ungeſchriebenen, und darum kann das Urtheil über die Vernunftmäſſigkeit einer bereits beſtehenden Rechtsgewohnheit nicht entſcheiden über deren fortdauernde Kraft als Geſetz; denn es kann ja die gemeinſame rechtliche Ueberzeugung dahin gehen, daß ein Gewohnheitsrecht, ohngeachtet es ſich als unvernünftig darſtellt, aus andern Gründen dennoch beizubehalten ſei. Dieſes führt uns zu dem Reſultat, daß nicht eine gemeinſame Ueberzeu-

gung von der Vernunftwidrigkeit einer Gewohnheit diese aufhebe, weil sich hierneben noch immer der Wille Aller für ihre fortdauernde Gültigkeit denken läßt, sondern daß das Erlöschen eines Gewohnheitsrechts nur bewirkt werden könne durch die gemeinsame Ueberzeugung, daß es nicht mehr als Rechtsnorm Gültigkeit habe. Also nicht das noch so übereinstimmende Urtheil der Zeitgenossen über die Vernunftwidrigkeit eines Gewohnheitsrechtes kann über die Fortdauer seiner **auctoritas** entscheiden, sondern nur die gemeinsame Ueberzeugung Aller, daß dasselbe nicht mehr Recht sei. Darum aber läßt sich auch mit gutem Grunde annehmen, daß **ratio** in der **const. 2** nicht gleichbedeutend mit dem Worte „Vernunft" genommen sei; denn sollte die Gültigkeit der Gesetze bedingt seyn durch deren Vernunftmäßigkeit, so würde der Begriff des positiven Rechts verschwinden, und eine neue Quelle der Aufhebung des geschriebenen Rechts begründet seyn. Mithin kann zwar die Veranlassung zum Erlöschen eines Gewohnheitsrechts darin liegen, daß es den Zeitgenossen als unvernünftig erscheint, der Act seiner Aufhebung erfolgt aber immer erst durch die von der Gesammtheit ausgesprochene Ueberzeugung, daß es aufgehört habe, Rechtsnorm zu seyn.

Es bleibt sonach nichts weiter übrig, als den Ausdruck **ratio** in dem Sinne zu nehmen von **ratio juris**. Dieß thut auch Puchta, und bemerkt, die Worte **contra rationem aut legem** wollten soviel sagen, der durch eine Gewohnheit eingeführte Rechtssatz dürfe weder juristisch, noch gesetzlich unmöglich seyn. Schon oben indessen habe ich angedeutet, daß man von einem durch Gewohnheit eingeführten und in Kraft bestehenden Rechtssatze, von einem solchen also, der als Gesetz bereits geherrscht hat, nicht füglich sagen könne, er sei juristisch oder gesetzlich unmöglich, vielmehr kann in einem Falle der Art nur behauptet werden, daß er im Laufe der Zeit als juristisch unmöglich erscheint, oder, was richtiger sein dürfte, von den Zeitgenossen dafür erkannt wird.

Allein dieſes Erkennen iſt etwas Inneres, und wird nur dadurch wahrnehmbar, daß es ſich durch die Rechtsanſicht der Zeit, und zwar durch die herrſchende oder allgemeine offenbart.

Aller Wahrſcheinlichkeit nach liegt nun ein Fall der Art der **const. 2 cit.** zu Grunde, ein Fall nämlich, wo die Frage entſtand, ob eine Rechtsgewohnheit über deren frühe **auctoritas** kein Zweifel obwaltete, auch noch jetzt Anwendung finden könne, obgleich ſie mit allgemein anerkannten Rechtsgrundſätzen, die ſich im Laufe der Zeit geltend gemacht hatten, im Widerſpruche ſtand; denn ſo viel wird man mir doch zugeben, daß mit der Zeit eine Geſetzgebung ſolche Veränderungen erleiden kann, daß gewiſſe Gewohnheiten, wenn ſie auch nicht ausdrücklich aufgehoben werden, mit den Grundſätzen des nun beſtehenden Rechts als unvereinbar ſich darſtellen, und ſonach auf indirectem Wege ihre Endſchaft erreichen können. Es läßt ſich dieſes gewiß von der **consuetudo** im Allgemeinen, insbeſondere aber auch von der **consuetudo interpretativa** behaupten, wenn man ſich den Fall denkt, daß aus ſpätern Verordnungen auf künſtlichem Wege auf den wahren Sinn der ältern dunkeln Geſetze, hinſichtlich deren Interpretation ſich eine **consuetudo** gebildet hatte, geſchloſſen werden kann.

Es wird hier die Bemerkung nicht überflüſſig ſeyn, daß der dem Kaiſer Conſtantin zur Entſcheidung vorgelegte Fall ſchwerlich ein ſolcher war, wo es ſich um die Frage handelte, ob ſich eine Gewohnheit gegen ein ſpäter gegebenes ſeinem Inhalte nach ſie aufhebendes Geſetz in Kraft behaupten könne; denn eine ſolche Frage, deren Beantwortung nicht zweifelhaft war, kann wenigſtens nicht vermuthet werden. Zwar heißt es neben dem „**rationem vincat**“ auch **aut legem**; allein dieſe beiden letzten Worte ſind offenbar nur zur Vervollſtändigung des Satzes beigefügt, denn die hauptſächliche Quelle des beſtehenden Rechts ſind und bleiben ja doch immer die directen Aeußerungen der geſchriebenen Geſetze,

und der **auctoritas** derſelben mußte darum auch hier, wenn auch nur beiläufig, und ſo als ob ſich das dieſerhalb Geſagte von ſelbſt verſtehe, gedacht werden; ja es war dieſes um ſo paſſender, da ſich die **auctoritas** der aus den Geſetzen nicht auf directen, ſondern künſtlichem Wege abgeleiteten Rechtsſätze nur auf jene (die Geſetze) zurückführen und ſtützen läßt. Es iſt daher ſehr wahrſcheinlich, daß der der **c. 2.** zu Grunde liegende Fall ein ſolcher war, wo eine Rechtsgewohnheit weniger mit dem klaren Inhalte eines ſpätern Geſetzes, als vielmehr mit Rechtsgrundſätzen im Widerſpruch ſtand, die ſich im Laufe der Zeit allgemeine Geltung verſchafft hatten, und wo nun der Kaiſer antwortet: Eine Rechtsgewohnheit hat zwar allerdings große Kraft, aber dieſe geht nicht ſo weit, daß ſie ſich gegen neuere allgemein anerkannte (mit ihr nicht zu vereinbarende) Rechtsgrundſätze, oder gegen ein ſpäteres ſie aufhebendes Geſetz behaupten könne.

Für dieſe Anſicht ſpricht auch noch das Wort: „vincere“, denn nicht ohne Grund iſt von Geſterding bemerkt worden, daß daſſelbe auf einen vorherigen Kampf hindeute, der, wenn der Geſetzgeber durch eine **lex** ſeinen Willen ausdrücklich zu erkennen gibt, nicht denkbar iſt.

Ratio und **ratio juris** wird nun allerdings in den Quellen in ſehr verſchiedenem Sinne gebraucht, worüber bei **Brissonius de Verbor. signif.** das Weitere nachzuſehen iſt; indeſſen das läßt ſich nicht beſtreiten, daß es nicht ſelten gleichbedeutend genommen wird mit dem, was wir mit den Worten auszudrücken pflegen: es iſt anerkannten Rechtens; es iſt anerkannten Rechtsgrundſätzen gemäß [4]).

In dieſem Sinne iſt aber die Bedeutung des Wortes **ratio** oder **juris ratio** offenbar weiter, als die des Wortes **lex**, denn jenes ſchließt alle Gattungen des ungeſchriebenen Rechts in ſich, alle anerkannt gültigen Rechtsgrundſätze, ſie

4) Z. E. **rationis est** in **l. 34. D. 23. 2. c. 4 C. (12. 37) vid. Brisson. f. v. ratio efficit, rationis est.**

mögen einen Entſtehungsgrund haben, welchen ſie wollen. Mit der Fortbildung des Rechts ändern ſich aber folgeweiſe auch die Rechtsanſichten und durch ſolche veränderte Rechtsanſichten gehen, wenn ſie herrſchend, d. h. allgemein anerkannt werden, nicht allein geſchriebene Geſetze, ſondern auch Gewohnheiten unter, d. h. ſie verlieren ihre geſetzliche Kraft. Es dürfte daher wohl nicht zu gewagt ſeyn, wenn man annimmt, Conſtantin habe in der const. 2. ſich dahin ausgeſprochen, daß eine Gewohnheit nicht allein einer **lex scripta**, dem ausdrücklich erklärten Willen des Geſetzgebers weichen müſſe, ſondern auch demſelben Elemente, dem ſie ihre Entſtehung verdankt, der gemeinſamen Rechtsanſicht, die in dem Laufe der Zeiten eine andere geworden, und mit der ſie nun nicht mehr vereinbar iſt.

Zwar läßt ſich hiergegen noch einwenden, daß in der Coderſtelle von neueren Rechtsſätzen und einem ſpäter gegebenen Geſetze nicht die Rede ſei; allein da dieſelbe wie ſchon oben gezeigt worden, von einem Geſetzeskraft habenden Gewohnheitsrecht und einer Colliſſion deſſelben mit andern Rechtsnormen ſpricht, ſo müſſen dieſe der Natur der Sache nach als die neuern, das Gewohnheitsrecht aber als die älteren gedacht werden; denn hätte der Geſetzgeber ſich die Gewohnheit als die neuere Rechtsnorm gedacht, und wirklich ausgeſprochen oder ausſprechen wollen, daß ſie ein Geſetz nicht aufheben könne, ſo hätte als Zweifelsgrund der **magna auctoritas** derſelben nicht füglich Erwähnung geſchehen, es hätte von einer Colliſion überhaupt nicht die Rede ſein und die ſpätere Gewohnheit nicht zum Gewohnheitsrechte, dem allein **auctoritas** zukömmt, ſich erheben können; die Entſcheidung würde vielmehr in einem Falle der Art aller Wahrſcheinlichkeit nach anders abgefaßt worden ſeyn. Insbeſondere aber iſt hierbei nicht zu überſehen, daß die Quellen dem Gewohnheitsrechte überall Geſetzeskraft beilegen, und daß es in der const. 3. C. in Bezug auf daſſelbe ſogar heißt: **perpetuae legis vicem obtinere statuimus.**

Interpretirt man die const. 2. cit. auf dieſe Weiſe, ſo ergibt ſich, daß Conſtantin eine von den Grundſätzen des ältern Rechts abweichende Entſcheidung in der const. 2 keineswegs gegeben hat, ſondern es ſtellt ſich ſogar als wahrſcheinlich heraus, daß er bei Beantwortung der an ihn gerichteten Anfrage den §. 11. Inst. de jure natur. (I. 2.) vor Augen gehabt und in völliger Conſequenz mit demſelben reſcribirt hat; denn das läßt ſich nicht verkennen, daß beide Stellen eher im Einklange, als im Widerſpruch mit einander ſtehen.

Ea, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

Hier wird offenbar geſagt, daß das geſchriebene und ungeſchriebene Recht oft Abänderungen erleide, und zwar ſowohl durch neue Gewohnheitsrechte, als neuere Geſetze; die const. 2 aber hat die Frage zum Gegenſtande, ob eine Rechtsgewohnheit **contra rationem juris**, (die veränderte Rechtsanſicht) Gültigkeit behaupten könne. Dabei kann ich mich von der Idee nicht trennen, daß die Worte der const. 2 „**aut rationem**“ mit den Worten der Inſtitutionenſtelle „**tacito consensu populi**“ und die Worte in der erſtern **aut legem** mit den Worten der letztern **vel alia postea lege lata** auffallend correſpondiren, und daß es dem Geſetzgeber nur nicht vereinbar mit ſeinen Regierungsmaximen geſchienen haben mag, den Volkswillen als Grund der Aufhebung des beſtehenden Rechts zu erwähnen, ſondern daß er das Wort **ratio** in der Bedeutung von herrſchender Rechtsanſicht, die ja ohne den **consensus omnium** auch nicht denkbar war, für paſſender erachtet hat.